

University of Groningen

De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag

Gritter, E.

Published in:

Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Gritter, E. (2007). De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag. In P. B.F. Keulen, P. G. Knigge, & M. H.D. Wolswijk (editors), *Pet af. Liber Amicorum prof. D.H. de Jong* (blz. 63-84). Wolf Legal Publishers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De antonimiteit van daderschap en zorgvuldig gedrag

E. GRITTER ^o

1. Inleiding

In diverse publicaties heeft Dirk Herman de Jong aandacht gevraagd voor de verschralling van het opzetvereiste in de bijzondere wetten.¹ Bij het vaststellen van opzet in de bijzondere wetten zou de opzetcomponent ‘weten’ zijn uitgebreid tot ‘weten of behoren te weten’; het niet voldoen aan zorgvuldigheidseisen lijkt, zo stelt De Jong, voldoende om opzet aan te nemen. Aldus dringt de vraag zich op, in hoeverre het opzetbegrip in de bijzondere wetgeving verschilt van het begrip verwijtbaarheid. Deze opmerkelijke ontwikkeling speelt zich af aan de subjectieve zijde van een delictsomschrijving. In deze bijdrage wil ik ingaan op een spiegelbeeldige ontwikkeling aan de *objectieve* zijde van een delictsomschrijving. Het vaststellen van daderschap blijkt op zijn beurt namelijk te zijn *verrijkt* met normatieve componenten die doorgaans geacht worden samen te hangen met de beoordeling van *verwijtbaarheid*. Meer concreet zal blijken dat het oordeel over het bestaan van daderschap in sterke mate afhankelijk kan zijn van de vraag of de verdachte zich ‘zorgvuldig’ heeft gedragen. Daarmee doel ik op de vraag of de verdachte kan aantonen dat hij heeft voldaan aan de gestelde eisen, ofwel de maximale, in redelijkheid te vergen zorg heeft betracht om de strafbaar gestelde gedraging of het strafbaar gestelde gevolg te *voorkomen*.² Veelal wordt echter aangenomen, dat het beroep op zorgvuldig gedrag een beroep op een schulditsluitingsgrond is – meer bepaald de ongeschreven grond afwezigheid van alle schuld – die de in veel gevallen vooronderstelde *verwijtbaarheid* van een gedraging tracht te ontkennen.³ Het beroep op zorgvuldig gedrag wordt naar mijn mening echter ten onrechte als schulditsluitingsgrond aangemerkt. Nadere beschouwing van de werking van het beroep op zorgvuldig gedrag bij diverse aansprakelijkheidsfiguren leert dat dit beroep niets van doen heeft met het wegnemen van verwijtbaarheid, maar alles met het bestrijden van da-

^o Universitair docent straf(proces)recht Rijksuniversiteit Groningen.

¹ Zie bijvoorbeeld D.H. de Jong, ‘Het strafrechtelijk schuldbegrip: ontwikkeling of ontbinding,’ *DD* 1999, p. 1 e.v., D.H. de Jong, Verantwoordelijkheid en schuld, *DD* 1999, p. 827 e.v. en de noot van De Jong onder HR 24 november 1998, *NJ* 2000, 54.

² Vgl. J.M. van Bemmelen en Th.W. van Veen, *Ons strafrecht, deel 1: het materiële strafrecht (algemeen deel)*, bewerkt door D.H. de Jong en G. Knigge, Deventer: Kluwer 2003, p. 182 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht – Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 349.

³ Ik laat hier onbesproken de opvatting, dat zorgvuldig gedrag een *rechtvaardiging* van de begane gedraging zou inhouden. Vgl. daaromtrent De Hullu 2006 (*supra* noot 2), p. 349.

derschap. Mijn stelling luidt dat ouderschap en zorgvuldig gedrag tegengestelde begrippen zijn. Als zorgvuldig gedrag is aangetoond, kan van ouderschap geen sprake zijn; als ouderschap is vastgesteld, dan is daarmee het oordeel geveld dat de verdachte zich *onzorgvuldig* heeft gedragen. Het beroep op zorgvuldig gedrag dient te worden ontdaan van het 'label' schulduitsluitingsgrond, en zal steeds moeten worden aangemerkt als *algemene bewijs- of ouderschapsuitsluitingsgrond*. Het enkele bestaan van deze algemene bewijsuitsluitingsgrond werpt licht, zo zal nog blijken, op de 'ondergrens van het ouderschap'. Die ondergrens betreft de betrokkenheid bij een delict die minimaal aanwezig moet zijn, om van strafrechtelijk ouderschap te kunnen spreken. De ondergrens, die een sterke normatieve lading kan hebben, kan onder meer als hulpmiddel fungeren bij de begrenzing van aansprakelijkheidsfiguren.

De aanpak is als volgt. Eerst zal ik aan de hand van een aantal aansprakelijkheidsfiguren en delictsvormen laten zien dat het beroep op zorgvuldig gedrag de bestrijding van ouderschap inhoudt (paragraaf 2). Vervolgens wil ik, aan de hand van de opvattingen van Van Veen, proberen een verklaring te geven voor deze werking, en zal ik verdedigen dat het beroep op zorgvuldig gedrag ten aanzien van *elke* aansprakelijkheids- of delictsvorm bewijsuitsluitende werking heeft (paragraaf 3). In de slotparagraaf (paragraaf 4) zullen de belangrijkste conclusies kort op een rijtje worden gezet.

2. Zorgvuldig gedrag en uitsluiting van ouderschap

2.1 Inleiding

In deze paragraaf wil ik aan de hand van een aantal aansprakelijkheids- en delictsvormen laten zien dat het beroep op zorgvuldig gedrag een bewijsuitsluitende werking heeft. Een succesvol beroep op zorgvuldig gedrag leidt bij de te bespreken figuren steeds tot ontkenning van ouderschap, zo zal blijken, en niet tot ontkenning van verwijtbaarheid. Achtereenvolgens bespreek ik de culpose gevolgsdelicten, het ouderschap van de rechtspersoon, het functionele ouderschap van de natuurlijke persoon en de zorgplichtbepalingen.

2.2 Culpose gevolgsdelicten

Het begrip 'schuld' zoals opgenomen in de omschrijving van culpose gevolgsdelicten (bijvoorbeeld dood door schuld, art. 307 Sr) kan worden omschreven als een 'aanmerkelijke mate van verwijtbare onvoorzichtigheid'. Deze omschrijving maakt duidelijk dat de 'verwijtbaarheid' een *onderdeel* is van de schuld (doorgaans culpa genoemd) waarop in de omschrijving van de culpose gevolgsdelicten wordt ge-doeld. Als het bestaan van gevolgsschuld kan worden bewezen, dan staat vast dat de onvoorzichtigheid waar het bij dergelijke delicten om gaat, een *verwijtbare* onvoorzichtigheid is. Het gegeven dat de verwijtbaarheid deel uitmaakt van de culpa hangt,

zo blijkt uit de literatuur, samen met het normatieve karakter van het begrip. Van Bemmelen/Van Veen stelt in dit opzicht:

‘Culpa is een normatief begrip. Het houdt een diskwalificatie in van het gedrag van de dader en van zijn psychische gesteldheid op het moment van handelen. Zijn gedrag beantwoordde niet aan de eisen die daaraan worden gesteld, en hem wordt aangerekend dat hij de situatie verkeerd heeft ingeschat. Een en ander maakt dat de culpa verweven is met zowel de wederrechtelijkheid als de verwijtbaarheid.’⁴

Een consequentie van het normatieve karakter van de culpa is, dat de eventuele aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond bij de *bewijsvraag* aan de orde komt. Het honoreren van een beroep op een strafuitsluitende omstandigheid zal bij culpose gevolgsdelicten leiden tot vrijspraak, en niet tot ontslag van alle rechtsvervolgung wegens niet-strafbaarheid van de dader. Het beroep op straffeloosheid bestrijdt met andere woorden de tenlastelegging. Daarbij kan de vraag rijzen, *welk* aspect van de culpa door het beroep op een strafuitsluitingsgrond wordt bestreden. Is het wel zo, dat een geslaagd beroep op een ‘rechtvaardigingsgrond’ *per definitie* de in de culpa opgenomen wederrechtelijkheid aantast? Ontkent een geslaagd beroep op een ‘schulduitsluitingsgrond’ *per definitie* de verwijtbaarheidscomponent van de culpa? Met betrekking tot de relatie tussen ‘onvoorzichtigheid’ en ‘verwijtbaarheid’ merkt Van Bemmelen/Van Veen op dat het ‘ondoenlijk’ is een scheiding aan te brengen tussen deze componenten.⁵ Bij wijze van voorbeeld behandelen de auteurs het beroep op feitelijke dwaling, dat doorgaans – evenals ‘zorgvuldig gedrag’ – wordt gezien als een grond voor afwezigheid van alle schuld. Ontkent het beroep op feitelijke dwaling de verwijtbaarheid van de onvoorzichtige, voorzienbare gedraging dan wel de *onvoorzichtigheid* zelf, in te vullen door middel van de voorzienbaarheid? Van Bemmelen/Van Veen schrijft⁶:

‘Doorgaans wordt aangenomen dat het bij de voorzienbaarheid gaat om een op de dader toegesneden oordeel. De maatstaf is weliswaar de “normale mens”, maar dan wel de normale mens geplaatst in dezelfde situatie als waarin de dader verkeerde. Als de dader dwaalde is dus de vraag wat de normale mens in die situatie had moeten weten of begrijpen. Stel bijvoorbeeld dat een verpleegster de patiënt een dodelijk gif inspuist doordat een kwaadaardig persoon de injectievloeistof heeft verwisseld. Als de ‘normale mens’ op die verwisseling niet bedacht hoeft te zijn,

⁴ Van Bemmelen/Van Veen 2003 (*supra* noot 2), p. 129.

⁵ Van Bemmelen/Van Veen 2003 (*supra* noot 2), p. 129 en 132. Remmelink acht een scheiding tussen (objectieve) onvoorzichtigheid en verwijtbaarheid meer voorstelbaar. Zie J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 240.

⁶ Van Bemmelen/Van Veen 2003 (*supra* noot 2), p. 132.

kan niet gezegd worden dat de verpleegster de fatale afloop had moeten voorzien. Het beroep op feitelijke dwaling (avas) leidt hier zogezen tot vrijspraak, niet omdat de verwijtbaarheid wegvalt, maar reeds omdat niet onvoorzichtig is gehandeld.’

Het beroep op feitelijke dwaling bestrijdt, in ieder geval in het opgevoerde voorbeeld, de voorzienbaarheid, en daarmee het bestaan van de centrale, onvoorzichtige gedraging. De verpleegster zal worden vrijgesproken omdat ze zich ‘niet onvoorzichtig heeft gedragen’.

Kan bij een beroep op feitelijke dwaling mogelijk nog worden getwijfeld over de vraag of het aanknoopt bij de onvoorzichtigheid dan wel de verwijtbaarheid, bij het beroep op zorgvuldig gedrag liggen de zaken naar mijn mening – gezien de inhoud van het beroep op zorgvuldig gedrag – een stuk duidelijker.⁷ In dat geval wordt door de verdachte immers wezenlijk betoogd, dat hij voorzichtig (genoeg) is geweest; hij heeft al het nodige gedaan wat van hem verwacht kon worden, om het gevaar af te wenden. Als de voorzorgsmaatregelen inderdaad voldoende worden geoordeeld, zal niet bewezen kunnen worden, dat de verdachte ‘onvoorzichtig’ is geweest. De achterliggende reden voor het niet kunnen aannemen van onvoorzichtigheid in geval van zorgvuldig gedrag kan, evenals bij de feitelijke dwaling, worden gevonden in het ontbreken van de voorzienbaarheid. Immers: van degene die geacht moet worden alle nodige voorzorgsmaatregelen te hebben genomen, kan gezegd worden dat hij het ingetreden gevolg niet behoefde te voorzien. Afhankelijk van de omstandigheden zal de verwerking van een beroep op zorgvuldig gedrag ook kunnen plaatsvinden bij de beoordeling van de vraag of de verdachte, ondanks de voorzienbaarheid van de gevolgen, een zogenaamd ‘geoorloofd risico’ heeft genomen. Voorzienbaarheid van gevolgen schept in het algemeen geen plicht tot anders handelen als sprake is van een geoorloofd risico.⁸ Volgens beide lijnen (voorzienbaarheid dan wel geoorloofd risico) wordt het beroep op zorgvuldig gedrag behandeld bij de vraag of de verdachte zich onvoorzichtig heeft gedragen, en *niet* bij de vraag of het op zich onvoorzichtige gedrag verwijtbaar is.

2.3 Het daderschap van de rechtspersoon

2.3.1 De grondslag van het daderschap van de rechtspersoon

In het Drijfmest-arrest (HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 (m. nt. PMe)) wijst de Hoge Raad de ‘redelijke toerekening’ van een ‘(verboden) gedraging’ aan als de grondslag voor het daderschap van de rechtspersoon. In het arrest worden echter

⁷ Zie echter over de soms moeilijke afgrenzing tussen avas wegens feitelijke dwaling en avas wegens zorgvuldig gedrag W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld – afwezigheid van alle schuld* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982, p. 174 e.v.

⁸ ‘Wie een geoorloofd risico neemt, handelt niet onvoorzichtig’, aldus Van Bemmelen/Van Veen 2003 (*supra* noot 2), p. 131.

geen ‘algemene regels’ geformuleerd die de toerekening zouden kunnen funderen. Of een gedraging in redelijkheid kan worden toegerekend, hangt volgens de Hoge Raad namelijk af van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe hij mede rekent ‘de aard van de (verboden) gedraging’. Wel wijst de Hoge Raad een ‘belangrijk oriëntatiepunt’ aan bij de toerekening: de vraag ‘of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon’. Een dergelijke gedraging kan, aldus de Hoge Raad, in beginsel aan de rechtspersoon worden toegerekend.

De Hoge Raad had het hierbij kunnen laten, maar hij gaat niettemin verder. In r.o. 3.4 van het Drijfmest-arrest vult de Hoge Raad het ‘belangrijke oriëntatiepunt’ namelijk nader in door ‘omstandigheden’ op te sommen die mee kunnen brengen, dat sprake zal kunnen zijn van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon. Het gaat om de volgende omstandigheden: (1) het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon; (2) de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon; (3) de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf en (4) de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Er kan volgens de Hoge Raad worden gesproken van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon indien zich één of meer van deze omstandigheden voordoen.

Uit de vierde omstandigheid blijkt, dat de zogenaamde ‘Ijzerdraadcriteria’ nog steeds van belang kunnen zijn bij het bepalen van het ouderschap van de rechtspersoon. Dit gegeven wordt in het Drijfmest-arrest nog eens onderstreept door de Hoge Raad, want volgens het rechtscollège ‘(...) verdient opmerking dat laatstbedoelde criteria – die zijn ontwikkeld in HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 en die naar het geval dat in die zaak aan de orde was, plegen te worden aangeduid als “ijzerdraadcriteria” – weliswaar zijn ontwikkeld met het oog op het functionele ouderschap van een natuurlijke persoon (dus met het oog op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon), maar dat zij in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon (...).’

2.3.2 Ijzerdraadcriteria – zorgcriteria

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de Ijzerdraadcriteria in het Drijfmest-arrest nader duidt. Met betrekking tot het aanvaardingsvereiste overweegt de Hoge Raad namelijk:

‘Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging.’

Met deze overweging heeft de Hoge Raad afstand genomen van de in de literatuur wel verdedigde strenge subjectieve invulling van het aanvaarden, waarbij het aanvaarden min of meer werd gelijkgesteld met het opzetbegrip.⁹

De door de Hoge Raad gegeven nieuwe invulling van het aanvaardingsvereiste lijkt volgens Rozemond ‘(...) te zijn ontleend aan *verwijtbaarheidscriteria* die worden gebruikt om te beoordelen of er bij een verdachte sprake is van afwezigheid van alle schuld, zoals het criterium uit het Aflatoxinepinda-arrest.’¹⁰ Rozemond doelt hierbij op HR 2 februari 1993, *NJ* 1993, 476 waarin een besloten vennootschap, die een partij pinda's met een te hoog gehalte aan 'aflatoxine B1' zou hebben verkocht, ter zitting van de economische politierechter een beroep had gedaan op afwezigheid van alle schuld wegens zorgvuldig gedrag. Volgens Rozemond heeft de Hoge Raad in het Drijfmest-arrest het begrip 'aanvaarding' gelijkgesteld aan 'verwijtbaarheid'. De schrijver meent dat dit geen goede ontwikkeling is, omdat ‘(...) de daderschaps-criteria er niet overzichtelijker op (worden)’. Volgens Rozemond ligt het meer voor de hand om de verwijtbaarheidscriteria te gebruiken 'bij het beroep op afwezigheid van alle schuld', waarmee hij waarschijnlijk bedoelt te zeggen dat de verwijtbaarheidscriteria bij de vraag naar de strafbaarheid van de dader zouden moeten worden behandeld. Uiteindelijk wijst hij de *beschikkingsmacht* aan als de 'essentie van de criteria' voor het bepalen van het daderschap van de rechtspersoon en het functionele daderschap.¹¹

De vraag of de Hoge Raad het aanvaardingsvereiste inderdaad volledig heeft laten samenvallen met het verwijtbaarheidsvereiste, laat ik op deze plaats rusten. Wel kan geconcludeerd worden dat *in ieder geval* het beroep op 'afwezigheid van alle schuld wegens zorgvuldig gedrag' in de ogen van de Hoge Raad een ontkenning van het daderschap inhoudt. Wordt het beroep op deze vorm van avas gehonoreerd, dan kan het daderschap van de rechtspersoon *niet* worden aangenomen wegens de omstandigheid, dat 'de rechtspersoon erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke

⁹ Deze opvatting was echter geenszins exclusief. Zie nader H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria', *DD* 2001, p. 1097 e.v. en E. Gritter, 'Duidelijkheid omtrent corporatief daderschap – Enige beschouwingen naar aanleiding van het Drijfmest-arrest,' *Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht* 2004, p. 35.

¹⁰ Klaas Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 50.

¹¹ Elders is evenwel betoogd dat het bestaan van beschikkingsmacht kan duiden op het bestaan van verwijtbaarheid. Zie Gritter 2004 (*supra* noot 9), p. 37; vgl. J. de Hullu, 'Enkele opmerkingen over het strafrechtelijk daderschap van rechtspersonen', in: A.E. Hartevelt, D.H. de Jong en E.F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: WLP 2005, p. 286.

gang van zaken door de rechtspersoon werd aanvaard of placht te worden aanvaard.'

Het Drijfmest-arrest laat zien dat het *niet* betrachten van de nodige zorg ter voorkoming van het delict ouderschap van de rechtspersoon kan funderen. Deze 'omstandigheid' is evenwel niet de enige omstandigheid die ouderschap kan meebrengen; *naast* het 'onzorgvuldige gedrag' staan andere ouderschapfunderende omstandigheden zoals het 'baatcriterium'. Is het mogelijk dat ondanks een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag niettemin ouderschap kan worden aangenomen op grond van één of meer andere omstandigheden? Stel dat de door Rozemond aangehaalde casus (Aflatoxine in pinda's) onder het regime van het Drijfmest-arrest zou zijn afgedaan. Zou het dan mogelijk zijn geweest dat de strafrechter tot een *veroordeling* was gekomen omdat hij enerzijds weliswaar erkent dat de ondernemer al het mogelijke en nodige heeft gedaan om de uiteindelijke gedraging te voorkomen, maar dat hij anderzijds – alle omstandigheden afwegend – niettemin ouderschap aanneemt omdat de ondernemer financieel voordeel heeft behaald uit de verkoop van de (aflatoxine bevattende) pinda's? Een *bevestigend* antwoord zou betekenen dat de doctrine van het Drijfmest-arrest, los van de preciese plaats van de verwerking van het beroep op zorgvuldig gedrag, tot geheel andere aansprakelijkheidsoordelen leidt. Onder het 'oude regime' leidde een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag *steeds* tot straffeloosheid. Dit zou onder het 'huidige' recht niet meer steeds het geval hoeven te zijn, indien ondanks het bestaan van zorgvuldig gedrag niettemin ouderschap zou kunnen worden aangenomen op grond van een *andere* omstandigheid. Een dergelijke breuk zal de Hoge Raad niet hebben willen bewerkstelligen. Een en ander duidt erop, dat de zorgcriteria een ander karakter dragen dan de overige in het Drijfmest-arrest genoemde omstandigheden, zoals het baatcriterium. Zodra bijvoorbeeld blijkt dat een handeling de rechtspersoon *niet* dienstig is geweest in zijn bedrijf, kan toch ouderschap worden aangenomen op basis van een *andere* omstandigheid. De conclusie luidt, dat een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag bij de rechtspersoon voorheen een correctie betekende op bewezenverklaard ouderschap; onder het Drijfmest-arrest werkt een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag corrigerend ten opzichte van de *andersoortige* 'ouderschapscriteria' zoals het baatcriterium. Een geslaagd beroep op avas wegens zorgvuldig gedrag leidt steeds tot vrijspraak, omdat het ouderschap niet bewezen kan worden. Het beroep op avas wegens zorgvuldig gedrag is in het licht van de 'redelijke toerekening', zoals door de Hoge Raad nader ingevuld ten aanzien van de rechtspersoon, een beroep op een *ouderschapsuitsluitingsgrond*.

In het Drijfmest-arrest komt de Hoge Raad tot een expliciete, andere invulling van het aanvaardingsvereiste binnen de IJzerdraadcriteria. De door de Hoge Raad gegeven invulling roept de vraag op, wat tegenwoordig de toegevoegde waarde is van het 'beschikkingsvereiste'. Onder aanvaarden verstaat de Hoge Raad tegenwoordig (mede) het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechts-

persoon kon worden geveerd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Als ten aanzien van een rechtspersoon wordt vastgesteld dat hij de bedoelde zorg niet heeft betracht, dan is daarmee de beschikkingsmacht gegeven. Immers: van een rechtspersoon die *niet* vermocht te beschikken over de gedraging, kan niet gezegd worden dat hij niet de zorg heeft betracht die *in redelijkheid* van hem geveerd kon worden. Een rechtspersoon kan met andere woorden pas in redelijkheid worden afgeremd op het niet betrachten van de nodige zorg ter voorkoming van de gedraging, indien de rechtspersoon zeggenschap kon uitoefenen over de gedraging. Geconcludeerd kan worden, dat de ‘beschikkingsmacht’ in wezen is geëlimineerd als bijzondere voorwaarde voor het kunnen aannemen van functioneel ouderschap; de voorwaarde is opgegaan in een nieuw, breder gedefinieerd aanvaardingsvereiste. De IJzerdraadcriteria hebben met andere woorden plaatsgemaakt voor het eenvoudige Drijfmoestercriterium.

2.4 Functioneel ouderschap van de natuurlijke persoon

Hetgeen in paragraaf 2.3.2 in het licht van de IJzerdraadcriteria is betoogd over het ouderschap van de rechtspersoon geldt evenzeer voor het functionele ouderschap van de natuurlijke persoon. Mij lijkt alleszins redelijk, dat – ondanks het feit dat de Hoge Raad niet tot een dergelijk oordeel was geroepen – de invulling die het Drijfmoest-arrest heeft gegeven aan de IJzerdraadcriteria (en met name, zo bleek, aan het aanvaardingsvereiste) *ook* zijn gaan gelden voor de natuurlijke persoon. Een tekstueel argument kan in ieder geval worden gevonden in het feit dat de nadere invulling van het aanvaardingsvereiste in het arrest plaatsvindt vóór de overweging dat ‘de’ IJzerdraadcriteria ‘weliswaar zijn ontwikkeld met het oog op het functionele ouderschap van een natuurlijke persoon (...) maar dat zij in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon.’ Evenals bij de rechtspersoon zal een succesvol beroep op zorgvuldig gedrag, gedaan door een functioneel pleger, tot vrij spraak leiden omdat het verweten *ouderschap* niet bewezen kan worden.¹²

2.5 Zorgplichtbepalingen

Een strafrechtelijke zorgplichtbepaling behelst een delictsomschrijving, die iemand met zoveel woorden verplicht tot het betrachten van de nodige zorg met het oog op het bereiken van een zeker resultaat. Strafrechtelijke zorgplichtbepalingen zijn gebodsbepalingen, zodat zij tevens als eigenlijk omissiedelict kunnen worden aangeduid. Het niet-opvolgen van het gebod levert het strafbare feit op. Een voorbeeld

¹² Zie nader over de bewijsuitsluitende werking van een beroep op avas wegens feitelijke dwaling bij verweten functioneel ouderschap: F. Vellinga-Schootstra, Het ouderschap van de natuurlijke persoon, in: J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 32 en 33.

van een strafrechtelijke zorgplichtbepaling is te vinden in art. 3:2 lid 1 van de Arbeidstijdenwet: 'De verantwoordelijke persoon zorgt er voor, dat een kind geen arbeid verricht.'¹³ Ook als strafrechtelijke zorgplichtbepaling kunnen worden aangemerkt de strafbepalingen die iemand verplichten tot het nemen van de nodige maatregelen teneinde een bepaald gevolg te voorkomen. Een voorbeeld betreft art. 10 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet 1998¹⁴:

'Indien bij of in rechtstreeks verband met de arbeid die de werkgever door zijn werknemers doet verrichten in een bedrijf of een inrichting of in de onmiddellijke omgeving daarvan gevaar kan ontstaan voor de veiligheid of de gezondheid van andere personen dan die werknemers, neemt de werkgever doeltreffende maatregelen ter voorkoming van dat gevaar.'

Een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag zal in het licht van een strafrechtelijke zorgplichtbepaling steeds tot *vrijspreek* leiden, omdat de verdachte in dat geval aan zijn door de wet opgelegde zorgverplichting heeft voldaan. Iemand kan ten aanzien van een bepaald resultaat of gevolg niet én een wettelijke zorgplicht hebben geschonden, én tevens voldoende zorg hebben betracht ter voorkoming van dat gevolg of resultaat. Wie bij dergelijke delicten 'zorgvuldig gedrag' kan aantonen, gaat vrijuit omdat hij de delictgedraging – het niet zorgen – niet heeft begaan; daderschap ontbreekt dus.¹⁵

Interessant is in dit verband dat het arbeidsomstandighedenrecht de strafrechtelijk gehandhaafde zorgplichtbepalingen aanvankelijk koppelde aan speciale, wettelijke 'disculpatiebepalingen'. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling was neergelegd in art. 76 van de Arbeidswet 1919, waarin was bepaald dat 'aan de verplichting van het hoofd of den bestuurder en van het opzichthoudend personeel wordt geacht te zijn voldaan, wanneer zij aantonen, dat door hen de nodige bevelen zijn gegeven, de nodige maatregelen zijn genomen, de noodige middelen zijn verschaft en het redelijkerwijs te vorderen toezicht is gehouden, om de naleving te verzekeren van de bepalingen, voor welker naleving zij verplicht waren te zorgen.' Deze en soortgelijke bepalingen werden door de wetgever gezien als 'faits d'excuse', maar de Hoge Raad kwalificeerde ze uiteindelijk als 'bewijsuitsluitings-

¹³ Wie de 'verantwoordelijke persoon' is, volgt uit art. 3:1 van de wet: de werkgever dan wel een ieder, die over een kind het ouderlijk gezag of de voogdij uitoefent of in wiens huishouding een kind is opgenomen. Zie voor de strafbaarstelling art. 1 ten 4e WED. De bepaling kan als zorgplichtbepaling worden aangemerkt, omdat het m.i. niet zo is dat *zodra* een kind werkt, de verantwoordelijke persoon er *dus* niet voor heeft gezorgd dat het kind geen arbeid verricht.

¹⁴ De overtreding van de bij deze bepaling gestelde voorschriften is strafbaar gesteld in art. 1 ten 3e WED.

¹⁵ Vgl. de noot van 't Hart onder HR 18 mei 1993, *NJ* 1993, 782 en Vellinga 1982 (*supra* noot 7), p. 149, 150 en 150 noot 11.

gronden'.¹⁶ Indien een verdachte zich met succes kon beroepen op de toepasselijke disculpatiebepaling dan moest de verdachte volgens de Hoge Raad geacht worden *wel* aan zijn verplichtingen te hebben voldaan, met een vrijspraak als gevolg.¹⁷ De bijzondere wettelijke disculpatiebepalingen uit het arbeidsomstandighedenrecht zijn uiteindelijk afgeschaft vanwege het 'door de rechtspraak algemeen aanvaarde beginsel van afwezigheid van alle schuld'.¹⁸ De Hoge Raad bepaalde in HR 18 mei 1993, NJ 1993, 782 (m. nt. 't H) dat de in de oude disculpatiebepalingen neergelegde maatstaven een rol spelen bij de beoordeling van een beroep op afwezigheid van alle schuld in het kader van een vervolging wegens een schending van de Arbeidsomstandighedenwet. Voor zover het beroep op zorgvuldig gedrag in het kader van een strafrechtelijke zorgplichtplichtbepaling wordt opgeworpen, gaat het echter – zoals betoogd – niet om een beroep op een schulduitsluitingsgrond, maar om een ontkenning van de zorgplichtschending.¹⁹

3. De bewijsuitsluitende werking van het beroep op zorgvuldig gedrag

3.1 Inleiding

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat het beroep op zorgvuldig gedrag als een *bewijsuitsluitingsgrond* werkt. Bij de besproken aansprakelijkheidsfiguren zal een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag moeten leiden tot een *vrijspraak*, en niet tot een ontslag van alle rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van de dader. Bij *geen* van de besproken figuren betreft het beroep op zorgvuldig gedrag wezenlijk een bestrijding van de (al dan niet impliciet ten laste gelegde) verwijtbaarheid. Het beroep op zorgvuldig gedrag bestrijdt in alle gevallen de gedraging of het daderschap als zodanig (de koppeling van een gedraging aan een persoon). Bij de culpose delicten zal een gehonoreerd beroep op zorgvuldig gedrag het bestaan van onvoor-zichtig gedrag uitsluiten. Bij de vervolging van een rechtspersoon zal, gezien het Drijfmet-arrest, een succesvol beroep op zorgvuldig gedrag tot vrijspraak leiden omdat geen sprake is van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon (die aan de rechtspersoon, als dader, zou kunnen worden toegerekend). Bij functioneel daderschap kan, na een geaccepteerd beroep op zorgvuldig gedrag, niet van het 'aanvaarden' van het (door een ander feitelijk uitgevoerd) gedrag worden gesproken. Verder bleek dat een beroep op zorgvuldig gedrag bij delicten, die een zorgplichtschending

¹⁶ Zie nader over de opvatting van de wetgever E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: BJU 2003, p. 133 e.v.

¹⁷ HR 19 november 1934, NJ 1935, p. 349.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1976/77, 14497, nr. 3, p. 48.

¹⁹ Vgl. de noot van 't Hart onder NJ 1993, 782. De uitspraak uit 1993 had betrekking op de toentertijd geldende Arbeidsomstandighedenwet uit 1980, maar zij geldt – zo valt aan te nemen – evenzeer voor de huidige wet uit 1998.

inhouden, het bestaan van de schending van de zorgplicht als zodanig probeert te bestrijden.

De bewijsuitsluitende werking van een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag bij de besproken rechtsfiguren roept de vraag op, of het beroep niet in *alle* gevallen die werking zou moeten hebben. Van Veen was een sterk voorstander van deze lijn van denken.²⁰ In het navolgende zullen Van Veens opvattingen op dit punt worden besproken. Daarna laat ik zien, dat de bewijsuitsluitende werking van zorgvuldig gedrag ook bij andere dan de besproken delicts- en aansprakelijkheidsvormen kan worden teruggevonden. Achtereenvolgens bespreek ik de oneigenlijke omissiedelicten, de niet-culpose commissiedelicten die feitelijk door een ‘eigenhandig doen’ (dus niet functioneel) zijn begaan en de eigenlijke omissiedelicten. Vervolgens sluit ik deze paragraaf af met enige korte beschouwingen over de bewijsuitsluitende werking van het beroep op zorgvuldig gedrag.

3.2 Zorgvuldig gedrag en ouderschap (Van Veen)

Van Veen betoogt in 1978 dat een succesvol beroep op avas, althans voor zover beperkt tot het beroep op zorgvuldig gedrag en het beroep op feitelijke dwaling, eigenlijk steeds tot vrijspraak zou moeten leiden omdat de geschonden regel in een dergelijk geval niet van toepassing was.²¹ Volgens Van Veen leidt aanvaarding van het verweer waarin de verdachte zich op afwezigheid van alle schuld beroept tot vrijspraak omdat in zo’n geval de overtreding ‘zoals die door de wetgever is bedoeld’ *niet is gepleegd*. Van Veen onderscheidt in dit verband twee categorieën ‘afwezigheid van alle schuld’.²² In de eerste plaats onderscheidt hij het beroep op verontschuldigbare dwaling ten aanzien van de wederrechtelijkheid van het gedrag. De ‘schuld’ waar het in deze categorie om draait is heel specifiek: het gaat om de ‘verwijtbaarheid ten aanzien van het strafbaar zijn van een gedraging’. Deze vorm van avas ziet Van Veen als een belangrijke en noodzakelijke nuancering van de regel dat ‘ieder de wet behoort te kennen’.²³ De tweede categorie ‘afwezigheid van alle schuld’ betreft volgens Van Veen de afwezigheid van alle schuld ‘ten aanzien van de feiten’. Deze avasvorm valt blijkens de jurisprudentie in twee groepen uiteen, aldus Van Veen: (1) het beroep op afwezigheid van (werkelijk) *alle* schuld, en (2) het be-

²⁰ Hoewel hij zich realiseerde, dat het geldende beslismodel dit strikt genomen niet mogelijk maakte.

²¹ Th.W. van Veen, ‘Ongeschreven strafuitsluitingsgronden’, *DD* 1978, p. 508 e.v. Zie over de opvatting dat het beroep op avas in alle gevallen tot vrijspraak moet leiden omdat dan – heel kort gezegd – geen sprake is van ‘schuld’: Vellinga 1982 (*supra* noot 7), p. 241 e.v. en de noot van Taverne onder HR 28 december 1937, *NJ* 1938, 554.

²² Van Veen 1978 (*supra* noot 21), p. 516 e.v.

²³ Deze regel was in de twintigste eeuw onhoudbaar geworden, aldus Van Veen, omdat zij ver af was komen te staan ‘van wa[t] in werkelijkheid van “ieder” kan worden verlangd’. Zie Van Veen 1978 (*supra* noot 21), p. 516.

roep op 'exceptionele omstandigheden' die 'verontschuldiging' werken. De eerstgenoemde subgroep betreft wezenlijk de *ontkenning* van alle schuld, aldus Van Veen, en de tweede subgroep betreft een echte exceptie: de afwezigheid van voldoende *strafwaardige* schuld. Met betrekking tot de laatstgenoemde subgroep stelt Van Veen dat 'kan worden overwogen (afscheid te nemen) van de algemene ongeschreven excepties als hulpmiddel bij de berechting (...)'.²⁴ Aan deze excepties bestaat volgens Van Veen namelijk geen behoefte meer, omdat hun rol tegenwoordig genoegzaam door de (geschreven) strafuitsluitingsgrond overmacht (art. 40 Sr) kan worden opgevangen. Van de *eerste* subgroep (de 'ontkenning van alle schuld') kan eveneens afscheid worden genomen, en wel – aldus Van Veen – omdat deze categorie 'in wezen geen exceptie is.' 'In wezen wordt ontkend,' aldus Van Veen, 'dat de zorgplicht is veronachtzaamd, die in de overtreden bepaling werd opgelegd, dikwijls niet met zoveel woorden, maar impliciet.' Van Veen vervolgt:

'Als na een beroep van de verdachte op afwezigheid van alle schuld de rechter van de juistheid van dit beroep overtuigd wordt ligt het voor de hand dat hij vrijspreekt. Immers als elke verwijtbaarheid ontbreekt is er geen zorgplicht geschonden en geen overtreding gepleegd. In wezen was dan de geschonden regel niet op dat geval van toepassing. Dat de redactie van een telastelegging niettemin soms toch tot ontslag van alle rechtsvervolgning zal moeten leiden, is een onvolkomenheid, waaraan wel niet zal zijn te ontkomen.'

De 'ontkenning van schuld' komt in diverse gedaanten voor, aldus Van Veen. 'Maar het gaat steeds om een verweer, dat betoogt, dat de dader de vereiste zorg wel heeft betracht, dan wel dat de wet zich niet tot hem richtte, dan wel dat hij een omstandigheid niet heeft kunnen kennen.'²⁵ Indien het technisch mogelijk was, zou een dergelijk verweer, indien gehonoreerd, tot vrij spraak moeten leiden.²⁶ De derde materiële vraag zou volgens Van Veen moeten worden gereserveerd voor de echte excepties. Het betreft bijzondere gevallen waarin er enige verwijtbaarheid bestaat, maar waarin het niet rechtvaardig zou zijn te straffen. Slechts een deel van de gevallen die onder *avas ten aanzien van de feiten* kan worden geschaard is exceptie, zo beweert Van Veen; het andere deel heeft, bij honorering, een bewijsuitsluitende werking.

Opvallend en aansprekend is de opmerking van Van Veen dat het niet-geschonden zijn van de zorgplicht 'die in de overtreden bepaling werd opgelegd' tot de conclusie leidt 'dat de geschonden regel niet op dat geval van toepassing was'. Daarmee ontstaat het beeld dat een norm of regel niet reeds als 'geschonden' of

²⁴ Van Veen 1978 (*supra* noot 21), p. 523, met weglating van cursivering.

²⁵ Van Veen 1978 (*supra* noot 21), p. 521.

²⁶ Het processuele 'sluitstuk' van deze verweren wordt door Van Veen gevonden in de Meer & Vaart-jurisprudentie. Zie nader Van Veen 1978 (*supra* noot 21), p. 518 en 522.

‘overtreden’ moet worden beschouwd wanneer die norm *feitelijk*, gezien de bewoordingen van de delictomschrijving, is overtreden. Het zich in voldoende mate hebben ingespannen om normschending te *voorkomen* kan namelijk betekenen dat de norm *daarom* niet ‘is’ geschonden. Voldoende inspanning in de voorfase van de normovertreding wordt derhalve beloond met straffeloosheid.²⁷ De beloning betreft niet slechts een ontslag van rechtsvervolging wegens niet strafbaarheid van de dader, hetgeen het begaan van een strafbaar feit vooronderstelt, maar een vrijspraak omdat juridisch-normatief gezien niet in strijd met de strafwet ‘is gehandeld’. In dit verband valt mogelijk een parallel te trekken met de dader die in absolute overmacht heeft gehandeld. Het bestaan van absolute overmacht ontkent, zo luidt het dogma, de strafrechtelijke relevantie van een zich in de werkelijkheid *gemanifesteerd* hebbende ‘gedraging’, met een vrijspraak, en niets slechts een ontslag van rechtsvervolging, als gevolg.

3.3 De bewijsuitsluitende werking bij oneigenlijke omissie

Delicten die een zeker ‘doen’ strafbaar stellen, kunnen door nalaten worden begaan. Dit wordt in de geldende dogmatiek in ieder geval aangenomen voor wat betreft de materiële commissiedelicten: de delicten die het veroorzaken van een *gevolg* door een doen strafbaar stellen. De materieel omschreven commissiedelicten waarbij het gevolg ook door een strafrechtelijk relevant nalaten veroorzaakt kan worden, staan te boek als ‘oneigenlijke omissiedelicten’.

Het is onzeker onder welke *voorwaarden* aansprakelijkheid voor een doen wegens niets doen mag worden aangenomen. De grondslag voor, en daarmee de begrenzing van, het kunnen aannemen van aansprakelijkheid wegens oneigenlijke omissie ontbeert een heldere, eenduidige grondslag.²⁸ Van Bemmelen/Van Veen stelt een tweetal voorwaarden voor het kunnen vaststellen van strafrechtelijk relevant nalaten, ofwel ‘oneigenlijke omissieaansprakelijkheid’: ‘De dader moet in de feitelijke mogelijkheid hebben verkeerdt om in te grijpen en hij moet bovendien *een bijzondere zorgplicht* hebben gehad.’²⁹ De Hullu lijkt in zijn omschrijving van oneigenlijke omissieaansprakelijkheid een behoorlijke stap verder te gaan, door gebleken *verwijtbaarheid* als aansprakelijkheidsvoorwaarde aan te wijzen:

‘Bij een *oneigenlijk* (of *onzuiver*) *omissiedelict* gaat het naar de wettelijke omschrijving om een commissiedelict dat toch door een nalaten kan worden begaan. Het betreft

²⁷ Vergelijk ook de straffeloosheid in geval van vrijwillige terugtred.

²⁸ Zie treffend H.D. Wolswijk, ‘Strafbaar nalaten: een zorgplicht minder’, in: A.E. Harteveld, D.H. de Jong en E.F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: WLP 2005, p. 547 e.v.

²⁹ Van Bemmelen/Van Veen 2003 (*supra* noot 2), p. 69.

doorgaans materieel omschreven delicten, waarbij het gevolg door een (verwijtbaar) nietsdoen wordt veroorzaakt.³⁰

Voor wat betreft een beroep op ‘zorgvuldig gedrag’ in een zaak waarin de verdachte strafrechtelijk relevant nalaten wordt verweten, maakt het evenwel niet uit of voor de ‘kalere’ omschrijving van Van Bemmelen/Van Veen wordt gekozen, of voor de ‘rijkere’ omschrijving van De Hullu. Volgens beide opvattingen wordt namelijk *uitgegaan* van een ‘feitelijk nalaten’; de verdachte wordt verweten dat hij heeft stilgezetten waar handelen geboden was, of hem wordt verweten dat hij niet genoeg gedaan heeft om het ingetreden gevolg te voorkomen. Voorafgaand aan de beantwoording van de vraag of de verdachte ‘in de feitelijke mogelijkheid verkeerde om in te grijpen’, dan wel de vraag of het niets doen *verwijtbaar* was, zal moeten zijn vastgesteld *dat* niets is gedaan. De vraag of de verdachte *verwijtbaar* heeft nagelaten dan wel de vraag of de verdachte (niettemin) in de reële mogelijkheid verkeerde in te grijpen, vooronderstelt dus een vastgesteld, bewezen niets doen. Een ‘niets doen’ (of een ‘onvoldoende doen’) kan niet worden bewezen, als de verdachte aannemelijk kan maken dat hij zich zorgvuldig gedragen heeft, als hij kan aantonen, dat hij alles heeft gedaan wat in zijn vermogen lag om het ingetreden gevolg te voorkomen. Een beroep op zorgvuldig gedrag zal het nalaten als zodanig dus ontkennen; gesteld zal worden, dat nou juist *wel* iets is gedaan ten einde het intreden van het gevolg tegen te gaan. Een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag zal aan het bewijs van het ‘nalaten als zodanig’ in de weg staan, en leiden tot een vrijspraak omdat de ten laste gelegde *gedraging* (uitgedrukt in een nalaten) zich niet heeft voorgedaan.

Het is niet eenvoudig om een aansprekend voorbeeld op te voeren van de werking van het beroep op zorgvuldig gedrag bij oneigenlijke omissiedelicten. Een dergelijk voorbeeld zal voldoende omstandigheden moeten stellen om van zorgvuldig gedrag te kunnen spreken, maar door dat te doen, is het onmogelijk een geloofwaardig niets doen te omschrijven. De moeilijkheid die hier wordt geschetst, is sprekend voor de werking van zorgvuldig gedrag bij oneigenlijke omissieaansprakelijkheid. Hier blijkt namelijk duidelijk, dat daderschap wegens nalaten domweg *niet kan bestaan* bij het bestaan van zorgvuldig gedrag. Daderschap wegens nalaten en zorgvuldig gedrag sluiten elkaar derhalve per definitie uit. Dit gezegd hebbend, wil ik toch een voorbeeld naar voren brengen waarmee een en ander hopelijk verduidelijkt kan worden.

Een drietal personen verlaat na het nuttigen van een grote hoeveelheid alcoholhoudende drank het café, en stapt op de fiets om huiswaarts te keren. Het vriest aanzienlijk. De fietstocht leidt langs een nog niet dichtgevroren kanaal, en één van de fietsers raakt te water. Eén van de overige fietsers bekommert zich om zijn on-

³⁰ De Hullu 2006 (*supra* noot 2), p. 74. De eis van verwijtbaarheid wordt niet nader door De Hullu onderbouwd.

fortuinlijke maat, de ander fietst er onverschillig van door. De droog gebleven fietser die achterbleef, belt direct met zijn mobiele telefoon het alarmnummer en tracht het slachtoffer aan de wal te krijgen. Dit lukt niet, omdat de wal te glad is door de vorst, en het slachtoffer, mede door de kennelijke staat waarin hij zich bevindt, geen medewerking verleent. Met twee personen aan de vaste wal zou de actie waarschijnlijk kans van slagen hebben gehad. Als de hulpdiensten uiteindelijk arriveren, is het slachtoffer overleden; een deskundige stelt later vast, dat de dood hoogstwaarschijnlijk is ingetreden door de confrontatie met, en het langdurige verblijf in, het ijsskoude water. Als de officier van justitie besluit de beide cafébezoekers te vervolgen wegens doodslag door nalaten, dan is het niet ondenkbaar dat degene die onverschillig is weggefietsd veroordeeld kan worden. Het strafbare gevolg is mede ingetreden door zijn (opzettelijke) verzuim in te grijpen waar zulks geboden en mogelijk was. In de vervolging van de andere cafébezoeker wordt de verdachte verweten dat hij de dood van het slachtoffer heeft veroorzaakt door niet of onvoldoende ingrijpen. In die zaak doet de verdachte een beroep op zorgvuldig gedrag. Hij beweert alles te hebben gedaan wat in zijn vermogen lag om het intreden van het gevolg te voorkomen. Hij wijst daarbij op het tijdig alarmeren van de hulpdiensten, en op zijn – helaas zonder gevolg gebleven – reddingsactie. Als de rechter hierin meegaat, zal hij tot een vrijspraak komen omdat niet bewezen kan worden dat de verdachte ‘niet heeft ingegrepen’. Hij heeft nou juist *wel* iets relevants gedaan, hij heeft zijn rechtsplicht goed begrepen en hij heeft daarnaar gehandeld, ook al was zijn actie zonder resultaat.³¹ De vraag naar de ‘feitelijke mogelijkheid tot ingrijpen’ (of de verwijtbaarheid van het niets doen) is zinledig, omdat deze vraag zoals gezegd een niets doen – dat niet kon worden vastgesteld – vooronderstelt.³² Een geslaagd beroep op zorgvuldig gedrag ontkent bij oneigenlijke omissiedelicten dus het bestaan van een ‘gedraging’.

Dat het beroep op zorgvuldig gedrag bij vraagstukken van functioneel daderschap een daderschapsuitsluitingsgrond is, bleek reeds in paragraaf 2.4. De bewijsuitsluitende werking van zorgvuldig gedrag in geval van functioneel daderschap kan, indachtig het voorgaande, ook op een andere wijze worden beredeneerd. ‘Functioneel daderschap’ betreft in mijn optiek namelijk wezenlijk *oneigenlijke omissieaansprakelijkheid*: de aansprakelijkheid voor een ‘doen’ wegens een ‘nalaten’. Ge-

³¹ Anders gezegd: het intreden van het gevolg – de dood van een ander – kan de verdachte niet worden aangerekend omdat hij geen ‘gedraging’ heeft verricht die causaal zou kunnen samenhangen met het gevolg.

³² Ik acht verdedigbaar, dat de vraag naar de ‘feitelijke mogelijkheid tot ingrijpen’ – mocht daaraan worden toegekomen – eveneens een onderdeel is van de vraag naar het *daderschap*. De feitelijke mogelijkheid tot ingrijpen kan een rol spelen indien de verdachte zich bij voorbaat, en achteraf gezien terecht, realiseert dat het geen enkele zin heeft om iets aan de situatie te doen. Hij gaat dan vrijuit omdat hij weliswaar objectief niets heeft gedaan, maar juridisch gezien ook niets heeft kunnen doen.

vallen van functionele verantwoordelijkheid vinden, met andere woorden, hun oplossing in het leerstuk van de oneigenlijke omissie. De functionele dader wordt wezenlijk een niet-ingrijpen verweten, waar ingrijpen geboden was³³; door dit verzuim bewerkstelligt de functionele dader dat een ander ‘feitelijk’ de delictsinhoud vervult. Op twee punten lijkt de gelijkschakeling van het functionele daderschap met aansprakelijkheid wegens oneigenlijke omissie problematisch te zijn. In de eerste plaats ziet functioneel daderschap vooral op aansprakelijkheid wegens het begaan van *formele commissiedelicten*, ofwel delicten die een enkel ‘doen’ strafbaar stellen. Een voorbeeld van een dergelijk delict betreft het (in strijd met de wet) ‘invullen’ van zekere formulieren, één van de delicten die in het IJzerdraadarrest centraal stonden. Volgens de heersende dogmatiek wordt oneigenlijke omissieaansprakelijkheid echter vooral erkend in het kader van de materiële delicten. De erkenning van oneigenlijke omissieaansprakelijkheid bij de beoordeling van aansprakelijkheid in verband met formele delicten stuit gezien de vergaande *relativering* van het verschil tussen formele en materiële delicten echter niet meer op bezwaren. Met betrekking tot de verschillen tussen beide delictsvormen stelt Van Bemmelen/Van Veen: ‘Het onderscheid lijkt op drijfzand te zijn gebaseerd. Bijna iedere gedraging, hoe formeel ook omschreven, brengt immers een verandering teweeg.’³⁴ De Hullu stelt: ‘Diefstal is bijvoorbeeld een formeel delict doordat niet daadwerkelijk een wederrechtelijke toe-eigening wordt vereist, maar men kan het ‘wegnemen’ ook vrij materieel opvatten: een bepaald gevolg is doorgaans wel aanwijsbaar en dat vormt ook de uiteindelijke grond voor strafbaarstelling.’³⁵ Een tweede verschil met de meer traditionele kijk op oneigenlijke omissieaansprakelijkheid betreft het gegeven dat functioneel daderschap zich kenmerkt door een persoon die nalaat, en een *andere* persoon die doet. Gebruikelijke gevallen van oneigenlijke omissie kennen slechts één speler: degene die nalaat. Ook dit verschil biedt wezenlijk geen obstakel. Degene die door strafrechtelijk relevant nalaten een ander iets in strijd met de wet laat doen, wordt uiteindelijk wegens het *zelf* hebben gedaan gestraft. De fysieke tussenschakel valt uiteindelijk weg, zodat er, na bewezenverklaring, weer identiteit bestaat tussen degene die nalaat en degene die ‘daarmee’ zelf heeft gedaan. Uiteindelijk kan worden gesteld dat een succesvol beroep op zorgvuldig gedrag bij zowel de oneigenlijke omissiedelicten die materieel zijn omschreven, als bij het functioneel begaan van formele delicten, tot een vrijspraak zal moeten leiden omdat het verweten *nalaten* (niet of niet voldoende hebben ingegrepen) door het beroep wordt bestreden.

³³ Vgl. G. Knigge, Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap, *DD* 1992, p. 132 e.v., alsmede Gritter 2003 (*supra* noot 16), p. 219 e.v. en Gritter 2004 (*supra* noot 9), p. 36 e.v.

³⁴ Van Bemmelen/Van Veen 2003 (*supra* noot 2), p. 67.

³⁵ De Hullu 2006 (*supra* noot 2), p. 72.

3.4 Fysiek begane commissiedelicten en eigenlijke omissiedelicten

Heeft het beroep op zorgvuldig gedrag ook bij de *eigenlijke omissiedelicten* (delicten die een enkel 'niet doen' rechtstreeks strafbaar stellen) die niet als zorgplichtbepaling zijn vormgegeven, en de 'eigenhandig begane niet-culpose commissiedelicten', een bewijsuitsluitende werking? Bij de genoemde commissiedelicten valt in dit verband te denken aan bijvoorbeeld een diefstal, door de dief eigenhandig begaan door een fysiek wegnemen. Bij de eigenlijke omissiedelicten kan in dit verband worden gedacht aan het niet tijdig doen van een verplichte belastingaangifte. Heeft een succesvol beroep op zorgvuldig gedrag bij deze delictsvormen eveneens tot gevolg dat de verdachte moet worden vrijgesproken wegens het ontbreken van daderschap? Deze vraag kan bevestigend worden beantwoord. Opvallend is echter wel dat het beroep op zorgvuldig gedrag bij deze delictsvormen nauwelijks tot geen ruimte lijkt te bieden voor bewijsuitsluiting. Immers: de dief die van een 'wegnemen' wordt beschuldigd, zal in het kader van een beroep op zorgvuldig gedrag wezenlijk moeten aantonen dat hij *niet* heeft weggenomen. Het enkele bewijsbaar hebben verricht van de fysieke daad van het wegnemen zal in bijna alle gevallen meebrengen dat van zorgvuldig gedrag *dus* geen sprake is geweest. Daarmee kunnen fysiek begane commissiedelicten en eigenlijke omissiedelicten worden aangemerkt als bepalingen die normen betreffen, die dicht tegen *resultaatsverplichtingen* aanliggen.³⁶ Evenzo bestaat ook in de meer gebruikelijke benadering van het beroep op zorgvuldig gedrag als schulduitsluitingsgrond bij een delict als diefstal nauwelijks tot geen ruimte voor honorering van een beroep op zorgvuldig gedrag bij de derde materiële vraag. Interessant is nu, dat deze 'strengheid' bij de commissiedelicten in het hier verdedigde model toch een zekere verzachting kent. De dief die na het bewerkstelligen van een 'begin van uitvoering' uit eigen wil afziet van de voltooiing van het delict, is straffeloos. Hij kan zich met succes beroepen op vrijwillige terugtred (art. 46b Sr), met als gevolg dat hij *niet* wegens poging tot diefstal kan worden gestraft en vrijuit gaat.

De eigenlijke omissiedelicten lijken zogezien de strengste delicten te zijn; de compensatie die de vrijwillige terugtred bij het commissiedelict biedt, past niet bij het eigenlijke omissiedelict daar dit delictstype zich niet in pogingsvorm kan voordoen.³⁷ Dit betekent uiteraard niet dat de aansprakelijkheid bij deze delictsvormen op geen enkele wijze kan worden ontlopen; de dader die zijn belastingaangifte te laat indiende heeft uiteraard de mogelijkheid zich te beroepen op 'echte' exceptionele omstandigheden (overmacht bijvoorbeeld) die zijn *strafbaarheid* wegnemen. De normschending – het gepleegd hebben van een verzuim – blijft in die gevallen echter overeind staan.

³⁶ Vgl. W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 117 e.v.

³⁷ Zie R Emmelink 1996 (*supra* noot 5), p. 411, die de figuur van de poging tot het begaan van een eigenlijk omissiedelict echter niet 'per se' uitgesloten acht.

3.5 Zorgen en voorkomen; normatief daderschap

Een beroep op zorgvuldig gedrag werkt bewijsuitsluitend, zo kan op basis van het voorgaande worden gesteld, omdat het ‘niet betrachten van de nodige zorg met het oog op de voorkoming van het uiteindelijke gevolg’ aan te merken is als een *constitutief* element van een ten laste gelegde gedraging of van ten laste gelegd daderschap. Bij alle aansprakelijkheidsvormen leidt het beroep op zorgvuldig gedrag tot vrij spraak, omdat de strafrechtelijk gehandhaafde norm, na de honorering van het beroep, niet meer als geschonden beschouwd kan worden. Daderschap kan niet bestaan als de verdachte zich zorgvuldig heeft gedragen, als hij voldoende zijn best heeft gedaan om het strafrechtelijk relevante gevolg te voorkomen. De begrippen ‘daderschap’ en ‘zorgvuldig gedrag’ sluiten elkaar met andere woorden uit; de begrippen vormen samen een tegenstelling.

Het beroep op zorgvuldig gedrag vergt van de rechter een normatief oordeel. De rechter zal, alle omstandigheden afwegend, in het licht van de delictsomschrijving in kwestie een oordeel moeten vellen over de vraag *of* de verdachte zich zorgvuldig (genoeg) heeft gedragen. De vaststelling van het daderschap in de besproken gevallen *kan* daarom een sterk normatief karakter dragen. Aldus kan het vaststellen van daderschap zijn *verrijkt* met een normatieve component. Het niet betrachten van de zorg met het oog op de voorkoming van het uiteindelijke strafbare gevolg is, zo is gesteld, een constitutief element van de besproken aansprakelijkheidsvormen. Het element is bij elk van de genoemde aansprakelijkheidsfiguren aanwezig, en het element zal bij succesvolle bestrijding wegvallen met vrijspraak tot gevolg.

3.6 De grondslag en de ondergrens van ‘het’ daderschap

Het hebben betracht van de nodige zorg met het oog op de voorkoming van het delict leidt altijd tot de ontkenning van het daderschap, zo is gesteld. Daaruit volgt, dat het *niet* hebben betracht van de nodige zorg kan worden aangemerkt als de *ondergrens* van het daderschap. De betrokkenheid bij een delict die deze ondergrens niet haalt, kan geen strafrechtelijk daderschap opleveren. Daderschap kan pas worden aangenomen, als van de betrokkene in ieder geval kan worden gezegd dat hij niet de nodige zorg heeft betracht. Of de betrokkene in een concreet geval daadwerkelijk als dader moet worden aangemerkt, hangt af van de omstandigheden van het geval en het delict in kwestie.

Met het in kaart brengen van de ondergrens van daderschap ontstaat een andere manier om naar veranderingen in het aansprakelijkheidsrecht te kijken. Dit geldt bijvoorbeeld voor de deelneming. De wettelijke deelnemingsregeling wordt veelal gezien als een *uitbreiding* van het bereik van de strafwet. Deze uitbreiding betreft dan vormen van betrokkenheid die geen ‘plegen’ opleveren; de enkele strafbaarstelling van uitlokking betekende derhalve een uitbreiding van de strafwet. Redenerend vanuit de ondergrens ontstaat een ander beeld. Als het bestaan van daderschap op

zijn minst duidt op een niet betrachten van de in redelijkheid te vergen zorg met het oog op de voorkoming van het delict, dan betekent de regeling van art. 47 Sr een *inperking* van het potentiële, theoretische bereik van de strafwet. Immers, er geldt een uiterste *ondergrens* van aansprakelijkheid. Dit betekent onder meer dat degene die zonder gebruikmaking van de uitlokkingsmiddelen tot een strafbaar feit uitlokt in theorie, gezien de geldende ondergrens, door de wetgever zonder meer als dader kan worden aangemerkt, zonder dat de grenzen van de aansprakelijkheid daarmee, dogmatisch gezien, ‘te ver’ worden verlegd. Of deze uitlokker uiteindelijk ook dader zal zijn, hangt af van de nadere beperkingen die de wetgever aan deze figuur zal stellen, en – uiteraard – aan de invulling die de rechtspraak daaraan geeft. Indien de wetgever morgen besluit om art. 47 Sr zodanig aan te passen, dat voortaan ook culpoos uitlokken strafbaar is, dan kan de discussie hierover, gezien de ondergrens van het daderschap, zuiver worden gevoerd. Bekeken vanuit de ondergrens kan de wetgevingsactie namelijk worden gezien als een wijziging die tot een *minder vergaande inperking* van het aansprakelijkheidsrecht leidt. Het is dus niet zo dat een dergelijke actie per definitie problematisch is, om de enkele reden dat de reikwijdte van de strafwet toeneemt.

Zolang het potentiële bereik van de strafwet niet gehaald wordt, is er niets aan de hand. De wetgever kan, gezien het bereik van de huidige strafwet, aansprakelijkheidsfiguren vergaand uitkleden; de enige grens is de ondergrens. Dit is, bezien vanuit het oogpunt van effectieve wetshandhaving, een *harde* grens. Zodra de aansprakelijkheid namelijk door de ondergrens zou zakken, zouden personen kunnen worden veroordeeld die geen enkele mogelijkheid hadden het delict te voorkomen. Een dergelijke situatie zou de effectiviteit van de wetshandhaving tot nul reduceren; de handhaving van wetgeving is namelijk in geen enkel opzicht gebaat bij het kunnen bestraffen van personen, die de wet niet *kunnen* naleven.³⁸

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid, dat hij de hier geschetste ondergrens zonder meer in het vizier heeft indien de grenzen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in zicht komen. Een tweetal voorbeelden wil ik bespreken. In de eerste plaats kan worden gewezen op de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake art. 40 WVV (oud). Dit artikel stelde de eigenaar of houder van een motorrijtuig aansprakelijk indien met het motorrijtuig, door een onbekend gebleven bestuurder, een verkeersdelict was begaan. In HR 29 juni 1993, NJ 1994, 34 (m. nt. Kn) vond de Hoge Raad weliswaar dat het middel terecht stelde dat ‘het feit dat de eigenaar of houder van het motorrijtuig de gegevens van de bestuurder niet bekend maakt tot gevolg heeft dat de eigenaar of houder zelf kan worden gestraft’,

³⁸ Illustratief in dit verband is dat ‘absolute liability’ in het Engelse strafrecht (waarschijnlijk) niet bestaat (Gritter 2003 (*supra* noot 16), p. 156 e.v.). In de vervolging wegens een ‘offence of absolute liability’ is geen enkel schuldverweer mogelijk.

maar dat dit, anders dan het middel betoogde, ‘niet in strijd (is) met enige rechtsregel, met name niet met art. 6 EVRM’. De Hoge Raad stelt namelijk:

‘De eigenaar of houder wordt immers niet gestraft voor de gedraging van een ander, maar voor een door hem zelf begaan feit, bestaande in het niet nakomen van de op hem rustende verplichting zorg te dragen dat met het motorrijtuig geen overtredingen van verkeersvoorschriften worden begaan welke bij gebreke van een bekende dader onbestraft blijven.’

Knigge rechtvaardigt het aansprakelijkheidsoordeel door te stellen dat het voorkomen van de overtreding in beginsel in de macht van de eigenaar of houder ligt.³⁹ ‘Hij behoeft zijn auto immers niet uit te lenen aan iemand wiens naam hij niet wil noemen. Verder kan hij, als hij zelf de onbekende bestuurder is, zich gewoon aan de verkeersregels houden.’

Een recentere uitspraak waarin de ondergrens aan het licht komt, is HR 10 januari 2006, *NJ* 2006, 67. In deze zaak stond art. 8:1 van het op de Arbeidstijdenwet gebaseerde Arbeidstijdenbesluit vervoer centraal. Deze bepaling stelde dat in bepaalde gevallen, als een tot de bestuurder gerichte bepaling niet is nageleefd, de *werkgever* wordt aangemerkt als degene die de bepaling niet heeft nageleefd. De bepaling mocht volgens de Hoge Raad, gelet op art. 91 Sr, niet worden aangemerkt als een ‘ongeoorloofde afwijking van de deelnemingsregeling’ uit het Wetboek van Strafrecht. De bepaling betrof namelijk een *zelfstandige* strafbaarstelling van de werkgever. De regeling kwam er namelijk op neer, aldus de Hoge Raad, ‘dat op de werkgever een in het derde lid van art. 8:1 van het Arbeidstijdenbesluit vervoer nader bepaalde zorgplicht rust om overtreding van de voorschriften met betrekking tot rij- en rusttijden te voorkomen.’⁴⁰

Duidelijk blijkt uit de voorbeelden, dat de eigenaar of houder van een motorrijtuig en de werkgever niet ‘zo maar’ strafrechtelijk aanspreekbaar zijn, omdat nou eenmaal iemand moet kunnen worden aangewezen die ‘het’ (zogenaamd) gedaan heeft. Het gaat steeds om zelfstandige strafbaarstellingen, die uitdrukken dat de eigenaar of de houder en de werkgever een zorgplicht hebben teneinde de feitelijk

³⁹ Zie zijn noot onder het aangehaalde arrest.

⁴⁰ Een ander voorbeeld betreft de Slavenburgjurisprudentie (tweede beschikkingenreeks: HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 en 322, beide m.nt. ’tH), waarin de ondergrens van de aansprakelijkheid wegens feitelijk leiding geven kan worden teruggevonden (art. 51 Sr): ‘Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn, indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – *maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat* en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen’ (cursivering toegevoegd). Het opzet fungeert bij deze figuur als een bijkomende aansprakelijkheidsvoorwaarde.

plaatsgevonden delictsgedraging te voorkomen. Als er voor bepaalde personen, ook niet in theorie, geen enkele feitelijke mogelijkheid had bestaan om aan de zorgplicht te voldoen, zou het – gezien het belang van een effectieve wetshandhaving – volstrekt zinloos zijn die personen aan te spreken. Een ruimer aansprakelijkheidsstelsel, een stelsel dat de ondergrens negeert, acht ik in het strafrecht ondenkbaar, omdat een dergelijk systeem averechts zou kunnen werken; het strafrecht is een middel dat de wetshandhaving dient, en de wetshandhaving zou worden gefrustreerd indien de hier geschetste ondergrens niet in acht zou worden genomen.

4. Afronding

Het veelal als ‘schulduitsluitingsgrond’ aangemerkte beroep op zorgvuldig gedrag dient te worden aangemerkt als bewijs- of daderschapsuitsluitingsgrond. Een succesvol beroep op zorgvuldig gedrag staat aan het bewijs van daderschap in de weg; daderschap en zorgvuldig gedrag zijn tegengestelde begrippen. Een succesvol beroep op zorgvuldig gedrag dient derhalve te leiden tot een *vrijspreek*. In dergelijke gevallen heeft een verdachte zich, juridisch gezien, normconform gedragen. Doordat de vraag of iemand dader ‘is’ mede afhankelijk is van de vraag of de verdachte de nodige inspanningen heeft verricht teneinde het delict te voorkomen, kan het vaststellen van daderschap een sterke normatieve kleur aannemen. Tegenover de door De Jong waargenomen schuldverschraling in de bijzondere wetten kan dus een meer algemene *verrijking* van het daderschap worden geplaatst.

